

LA IGUALDAD EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS *

Rafael de Asís Catedrático de Filosofía
del Derecho. Universidad de Jaén

Este trabajo pretende dar cuenta del papel de la igualdad en el Derecho y más concretamente en el discurso de los derechos. En este sentido, me referiré a la igualdad en la justificación de los derechos y a la igualdad en el Derecho de los derechos. En relación con la igualdad en la justificación de los derechos defenderé la tesis de que la idea de igualdad es una característica propia de todos los derechos y no sólo, como algunos afirman, de los derechos económicos, sociales y culturales. En relación con la igualdad en el Derecho de los derechos una vez señalado que lo relevante en esta proyección de la igualdad es su configuración como criterio de distribución, ya que desde ella es posible determinar el alcance de la igualdad como derecho, y que la igualdad en el Derecho de los derechos se presenta a través de los que pueden ser denominados como principio de diferenciación (positiva o negativa), defenderé que los principios de diferenciación en el Derecho de los derechos, deben tener como criterios básicos de relevancia la satisfacción de bienes y necesidades fundamentales y la atribución de idéntica relevancia de los sujetos en la discusión moral y jurídica. Dicho de otro modo, defenderé que los criterios a través de los cuales deben establecerse diferencias negativas o positivas, deben partir de la posibilidad de satisfacción de los bienes y necesidades que están detrás de los derechos y de la posibilidad de participar en idéntica medida en la determinación de dichos bienes y necesidades.

Este trabajo es una versión algo matizada de «Sobre la discriminación positiva: especial referencia al Derecho europeo», en prensa. Por otro lado, se inserta dentro del proyecto de investigación «Derechos fundamentales y teoría del Derecho» financiado por la Dirección **General de** Enseñanza Superior y Científica del Ministerio de Educación y Cultura.

1. LA IGUALDAD EN LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Como acabo de señalar, en las líneas siguientes voy a defender la tesis de que en el ámbito de la justificación de los derechos, la idea de igualdad está siempre presente¹, y se proyecta en todos los derechos y no solo en un tipo específico de ellos como son los llamados derechos económicos, sociales y culturales².

El problema de la justificación de los derechos es enormemente complejo, A pesar de ello, parece que, si tomamos como referencia el catálogo de derechos que aparecen hoy normalmente recogidos en los textos jurídicos nacionales e internacionales, existen una serie de presupuestos que están presentes, sino en todos, si en la mayoría de las propuestas de justificación. Se trata de presupuestos básicamente formales, aunque desde ellos surgen ciertas notas sustantivas, y normativos, en el sentido de configurarse como notas imprescindibles para plantear una justificación de lo que hoy denominamos como derechos fundamentales.

Estos presupuestos parten de una determinada manera de entender a los individuos como agentes relevantes en la discusión moral, que se resume en su consideración como sujetos morales dotados de dignidad. Pues bien, entiendo que hay una manera mínima de definir esta idea. Para ello me apoyaré básicamente en G. Peces-Barba³.

Considerar a los individuos como sujetos morales dotados de dignidad supone:

- a) Afirmar y defender que todos los individuos poseen fácticamente capacidad de elección (libertad de elección).
- b) Afirmar y defender que todos los individuos orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral).

Esta forma mínima de plantear la idea de los individuos como sujetos morales dotados de dignidad es formal, aunque conlleva un contenido material que se traduce en la defensa de aquellos condicionantes que permiten la misma existencia de los individuos. Es lo que R. Plant denomina

¹ Vid. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona 1984, pp. 234 y ss.

² Vid. Prieto Sanchís, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en Prieto Sanchís, L., *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 7, Dykinson, Madrid 1998, p. 77.

³ Vid. Peces-Barba, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid 1995, pp. 207 y ss.

como presupuestos de la moralidad⁴. En definitiva se trata de no impedir y garantizar la libre elección sobre la vida y la satisfacción de necesidades básicas.

En cualquier caso, este presupuesto es igual para todos, sin que pueda justificarse el establecimiento de diferencia alguna. Se trata, como ya señalé, de un presupuesto normativo que debe estar presente en toda justificación de los derechos, y que dota, como veremos, a la igualdad de un contenido normativo.

A partir de este presupuesto, el logro de la libertad moral necesita de una serie de instrumentos que pueden tener una proyección únicamente individual o también social. Los que poseen una proyección individual varían de un sujeto a otro. En cambio los que poseen una proyección social, pueden ser entendidos como fruto de acuerdos entre individuos que una vez establecidos se separan de sus autores. En todo caso, en la medida en que los planes de vida pueden entrar en colisión, la proyección social es enormemente relevante. Y es precisamente en ella en donde se puede encontrar en la historia la discusión sobre los derechos.

Así, a lo largo de la historia han ido surgiendo una serie de instrumentos a través de los cuales se protegen bienes considerados como fundamentales en el camino social de los individuos hacia el logro de su libertad moral. Los derechos van a suponer el reconocimiento y la protección de una serie de bienes que, partiendo de esa idea igual de sujeto moral, favorecen en un determinado momento espacial y temporal, el logro de la libertad moral (dándose el caso de que obviamente, también restringen y delimitan planes posibles de vida, esto es tipos de libertad moral). Los bienes se consideran importantes y fundamentales para todo sujeto moral, pero el Derecho sólo va a ser necesario para intervenir en aquellos casos en los que los bienes no son satisfechos, bien por actuación de terceros bien por cualquier otro motivo. Esta idea de igualdad y este papel del Derecho es común a los tres tipos tradicionales de derechos susceptibles de ser definidos mediante tres proyecciones de la idea de libertad⁵.

La libertad negativa, llamada también libertad como no interferencia, se identifica con la protección por parte del Derecho de un espacio de libertad en el que el individuo puede hacer lo que quiera o escoger lo que quiere hacer. El individuo es soberano en esa parcela y el resto de sujetos y poderes tienen la obligación de no interferir esa soberanía. Pertenecen a este

⁴ Vid. Plant, R., «Needs, Agency and Rights», en Sampford, C. y Galligan, D.J. (eds.), *Law, Right and Welfare State*, Croom Helm, Beckenham, 1986, pp. 22 y ss.

⁵ Vid. Peces-Barba, G. y otros., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 221 y ss.

grupo derechos como a la vida, al honor, al pensamiento, a la conciencia, a la expresión; es decir, los llamados derechos individuales y civiles. Se trata de bienes valiosos para todos los individuos en un determinado marco histórico. En relación con ellos, el Derecho crea una estructura de garantía y protección, e interviene en los casos en los que su disfrute peligra.

La libertad positiva, llamada también libertad participación, se identifica con el reconocimiento por parte del Derecho de la posibilidad de participar en la composición y actuación del Poder y también en otras parcelas de la vida social. El individuo es soberano para determinar lo que puede, debe o debe no ser hecho. Esto, trasladado a las relaciones sociales implica reconocer su participación a la hora de establecer las normas presentes en los diferentes ámbitos sociales. Pertenecen a este grupo los derechos participación (derechos políticos) en sentido amplio, es decir, sufragio, participación en la empresa, en la economía, en la cultura, etc.. Se trata, igual que en el caso anterior, de bienes valiosos para todos los individuos en un determinado marco histórico, y también en relación con ellos, el Derecho crea una estructura de garantía y protección, e interviene en los casos en los que su disfrute peligra. Aunque se ha señalado un cierto sentido promocional, su significado es el mismo: se interviene para garantizar el disfrute en los casos en los que éste no se produce.

Por último la libertad real, también llamada promocional, trata de facilitar instrumentos necesarios y esenciales con los que poder disfrutar de otros tipos de libertades, y por lo tanto para poder hacer o escoger lo que se quiere o para determinar qué es lo que se va a poder hacer o escoger⁶. A este tipo de libertad pertenecen los derechos económicos, sociales y culturales, destacando un grupo, no necesariamente integrado en la categoría anterior, compuesto por aquellos derechos que pueden ser reconocidos por la idea de la integridad física y moral: alimento, sustento, salud, etc.. Igual que en los casos anteriores, se trata de bienes valiosos para todos los individuos en un determinado marco histórico. En ocasiones son valiosos por coincidir con lo que se ha denominado como necesidades básicas, en otras por coincidir con lo que se ha denominado como necesidades instrumentales⁷. En todo caso y en relación con estos derechos, el Derecho crea una estructura de garantía y protección, e interviene en los casos en los que su disfrute peligra.

⁶ «Libertad material o real... implica la exigencia de que tanto las libertades negativas como las libertades políticas no tengan un carácter puramente abstracto, sino que se plasmen en posibilidades reales». Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Madrid 1985, pp. 112 y 113.

⁷ Vid. sobre el tema Anón Roig, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994.

Vistas así las cosas, la idea de igualdad está presente en el presupuesto del discurso sobre la justificación de los derechos y también en el sentido y el carácter de los bienes que estos protegen. Otra cosa es que nos centremos en la justificación histórica de los diferentes tipos de libertad, observando, por ejemplo la filosofía que está presente en las primeras formulaciones jurídicas de los derechos. En este sentido, que duda cabe que las primeras declaraciones de derechos, van referidas a los contenidos propios de la libertad negativa. Y estos contenidos no son proyectados sobre todos los seres humanos sino sólo sobre aquellos que reúnen una serie de características. Ciertamente, en este momento histórico la ausencia de una distribución igual de los derechos es consecuencia de la irrelevancia moral que poseen para las doctrinas dominantes ciertos colectivos. El Derecho, en ese momento, maneja una idea de igualdad formal, si bien los sujetos del Derecho no son todos los seres humanos.

También la idea de que la igualdad está presente en el presupuesto del discurso sobre la justificación y el concepto de los derechos puede matizarse si nos fijamos en la forma con la que se lleva a cabo la protección antes subrayada. Es decir, si nos fijamos y planteamos como el Derecho garantiza e interviene cuando el disfrute de los bienes está en peligro. Sobre esta cuestión solo subrayaré, por ahora, dos ideas. La primera consiste en destacar como uno de los aspectos relevantes de la discusión se centra en la posible implicación, en esa protección y garantía, de los privados; cuestión que, normalmente, se traduce en un problema de colisión de derechos que es difícil resolver con carácter previo y general⁸. La segunda, guarda relación con la conexión que se ha establecido entre igualdad y derechos económicos, sociales y culturales. En este punto, me interesa subrayar como, aunque la aparición de este tipo de derechos se apoya en la idea de igualdad, su reconocimiento jurídico originario se movía en un tipo concreto de igualdad diferente al del resto de los derechos. En efecto, a diferencia del resto de los derechos que desde el principio se predicán de todos aquellos que son considerados como seres humanos, los derechos sociales, toman como referencia seres concretos y por lo tanto originariamente tratan de solucionar la situación de éstos. Es decir, si observamos la aparición histórica de estos derechos, veremos como su principal misión es la de satisfacer ciertos bienes a sujetos que no los tienen satisfechos. No es que esos bienes no sean considerados valiosos para todos, sino más bien y una vez constatado lo anterior, el Derecho a través de estos derechos pretende satisfacer dichos bienes a aquellos que no pueden o no han podido satisfacerlos. Sin

⁸ Sobre el tema vid. recientemente Vidal, E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant Lo Blanch-Universidad de Valencia, 1999.

embargo, la evolución jurídica y doctrinal de estos derechos ha olvidado este dato y ha intentado extenderlos a todos los ciudadanos⁹.

En cualquier caso, como señalaba antes, la idea de igualdad está presente en el discurso de los derechos. Sólo es posible abandonarla defendiendo, por ejemplo, una visión parcial de la idea de individuo como sujeto moral, es decir, atribuyendo esta idea y sus notas solamente algunos. O también dando prioridad a un tipo de derechos sobre otros (lo que normalmente va asociado a lo anterior); o defendiendo la no intervención del Derecho en la vida social. Y conviene hacer notar que la defensa de esas posiciones se enfrentan e incluso pueden hasta llegar a situarse fuera de un discurso de los derechos que pretenda dar cuenta de estos tal y como aparecen hoy reflejados en los textos normativos¹⁰.

2. LA IGUALDAD EN EL DERECHO DE LOS DERECHOS

El papel de la igualdad en el Derecho suele ser representado a través de tres posibles referentes: como valor, como principio o como derecho.

Sobre la igualdad como valor se han expresado, entre nosotros, Peces-Barba y Pérez-Luño. Para el primero se trata de criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, que sirven de base para crear condiciones materiales para una libertad de todos y contribuir a la seguridad en la satisfacción de las necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo¹¹; según el segundo, se trata del contexto axiológico básico para la interpretación de todo Ordenamiento¹². En cualquier caso, parece que lo sustancial de esta plasmación de la igualdad se traduce en su constitución como criterio inspirador de la normativa jurídica, si bien su operatividad y alcance va a depender, ciertamente, de los otros dos referentes.

La consideración de la igualdad como derecho puede resultar en ocasiones problemática. Así por ejemplo, si nos fijamos en los ordenamientos jurídicos europeos, no cabe duda de que es posible defender la existencia del derecho fundamental a la igualdad formal¹³. Sin embargo, puede resul-

⁹ Vid. al respecto, recientemente, Peces-Barba, G., «Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su génesis histórica y su concepto», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 11, Dykinson, Madrid 1999, pp. 62 y ss.

¹⁰ Por eso tiene razón Niño cuando en *Ética y derechos humanos* (Ariel, Barcelona 1989, pp. 348 y ss.) señala que los derechos clásicos y los nuevos (haciendo alusión a los económicos, sociales y culturales) se basan en los mismos principios.

¹¹ Vid. Peces-Barba, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 283.

¹² Vid. Pérez-Luño, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 140 y ss.

tar más dudoso hablar de un derecho a la igualdad material. En todo caso, para ello es necesario analizar la idea de la igualdad como criterio de distribución, esto es, la idea de la igualdad como principio.

En efecto, referirse a la igualdad como principio jurídico supone, en el ámbito de los derechos, considerarla como criterio de distribución de los contenidos de libertad. Partiré así destacando, siguiendo la terminología tradicional, tres grandes sentidos de la igualdad como criterio de distribución: generalidad, equiparación o diferenciación negativa y diferenciación positiva¹⁴.

La igualdad como generalidad es la igualdad ante el Derecho que no tiene en cuenta circunstancias de los sujetos. Se trata de una consideración de la igualdad que está presente en la fase de positivación de los derechos dentro de los dos grandes modelos norteamericano y francés¹⁵, y que se constituye en una constante de las Constituciones y Declaraciones liberales. Su finalidad originaria era la de romper las desigualdades y los privilegios de algunos y por tanto la de ampliar el campo de los iguales (aunque esto se haga compatible en ese momento con tratos desiguales, como por ejemplo, con la existencia de la esclavitud). Esta igualdad se relaciona con los requisitos de generalidad y abstracción de las normas. Supone un idéntico estatus jurídico en la aplicación y legislación. Así en relación con los derechos implica que todos son iguales en su titularidad y ejercicio.

Puede afirmarse que esta dimensión de la igualdad se constituye en presupuesto de todo Derecho. Se trata de una idea que tiene su origen en la formación del Derecho moderno y acompaña desde ese momento a su concepto. Se constituye así en un requisito de moral interna o si se prefiere en uno de los contenidos de la seguridad jurídica. Está presente, por otro lado,

¹³ Así, en el ámbito español, el Tribunal Constitucional ha recalcado desde sus primeros pronunciamientos la existencia de tal derecho. Sirva de ejemplo su sentencia 49/82 de 14 de julio, donde afirma: «El artículo 14 de la Constitución española, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual».

¹⁴ Estos sentidos se encuentran en la célebre fórmula aristotélica: «la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales». Aristóteles, *Política*, ed. de J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, p. 83.

¹⁵ En efecto, dentro del primero puede verse claramente reflejada en la Declaración de Virginia de 1776 así como en la Declaración de Independencia. Por su parte en el segundo se encuentra tanto en la Declaración de 1789 cuanto en la Constitución de 22 de agosto de 1795, cuyo artículo 3 afirmaba: «La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, tanto si protege como si castiga. La igualdad no admite distinción alguna de nacimiento, ni herencia alguna de poder».

en la idea de sujeto moral esbozada al comienzo, aunque lógicamente se ve condicionada también por otros caracteres del Derecho (como es por ejemplo la idea de soberanía estatal que se traduce, en lo que a los derechos se refiere en la exaltación de la idea de ciudadanía y con ella en la distinción entre nacionales y extranjeros en lo referido a la titularidad y ejercicio de los derechos)¹⁶.

Desde este presupuesto, el Derecho y sus normas, tendrán como finalidad establecer diferencias¹⁷. Así, a partir de él, la igualdad en el Derecho se relaciona con la idea de diferenciación, ya sea negativa o positiva. En este sentido, y apoyándonos en L. Ferrajoli, pueden señalarse tres tipos posible de relación entre igualdad y diferencia: indiferencia jurídica de las diferencias, homogeneización jurídica de las diferencias y valoración jurídica de las diferencias¹⁸. La primera supone que las diferencias de hecho son ignoradas. Según L. Ferrajoli se trataría de una situación que podría identificarse como propia de un supuesto Estado de naturaleza en donde no cabe hablar de Derecho¹⁹; la segunda, la homogeneización jurídica de las diferencias, supone la defensa de la idea de igualdad formal y puede ser denominada diferenciación negativa; la tercera, la valoración jurídica de las diferencias, básicamente implica la defensa de la igualdad material y puede ser denominada también diferenciación positiva.

Los dos últimos son los que expresan el funcionamiento del principio de igualdad como criterio de distribución. El principio de igualdad en el Derecho trataría así de establecer cuando está justificado crear diferencias normativas y cuando no, que es precisamente lo que vienen a expresar estos dos últimos tipos de igualdad²⁰.

¹⁶ Un Derecho que no asume esta dimensión de la igualdad difícilmente puede ser considerado como tal. Se trata, como ha señalado A. Ruiz Miguel («La igualdad en la jurisprudencia del T.C.», en *Doxa*, n. 19, 1996, p. 41) de un mínimo negativo e indeclinable, o como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional 216/91 de 14 de noviembre, de un principio inherente al Estado de Derecho y, por tanto, añadiría yo, a nuestra forma de entender el Derecho.

¹⁷ Vid. Rubio Llórente, E, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, p. 16.

¹⁸ L. Ferrajoli se refiere no a tres sino a cuatro, añadiendo lo que denomina como diferencia jurídica de las diferencias, y supone la toma en consideración de algunas diferencias de hecho con el objetivo de establecer privilegios relacionados con estatus. «La diferencia sexual y las garantías de la igualdad», en *Democrazia e Diritto*, 1993.

¹⁹ Ahora bien, entiendo que es posible mantener esta idea si bien destacando como esta ausencia de Derecho se produce al dejar sin contenido posible al Ordenamiento. Se trata de uno de los presupuestos de su concepto y a partir de él es posible configurar cada Derecho.

²⁰ «...el contenido de principio de igualdad no es otro que obligar a que la desigualdad tenga fundamento». De Otto, I, «El principio de igualdad en la Constitución española», en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, 1985, p. 351.

Ahora bien, en este punto conviene distinguir, con A. Ruiz Miguel, entre diferenciación para la igualdad y diferenciación como igualdad. La primera plantea el problema de los fines de una sociedad más igualitaria, en el sentido de si es exigible o no la existencia de políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de aminorar las distancias entre ellos, ayudar a los más desfavorecidos, etc.. La segunda plantea el problema de la justificación de un determinado modelo de sociedad igualitaria en el que las relaciones sociales se caracterizan por una diversidad entre grupos que no implica dominación²¹. Tomando en cuenta esta distinción abordaré el problema de la igualdad en la distribución de los derechos dentro de la primera perspectiva.

El problema de la igualdad como criterio de distribución de derechos presenta así dos proyecciones, a saber, la igualdad como diferenciación negativa y la igualdad como diferenciación positiva.

La igualdad como diferenciación negativa supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. Es lo que podríamos denominar como el trato igual de situaciones no idénticas o también la igualdad como no discriminación. En relación con los derechos implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. En todo caso, esta proyección no se entiende sin la siguiente. La igualdad como diferenciación positiva, supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran relevantes²². Se trata de medidas que de alguna manera se relacionan con un determinado tipo de organización jurídico-política como es el Estado Social de Derecho, y se presentan al hilo de dos de las principales funciones que en ese ámbito corresponden al Derecho, esto es, la función promocional y la función redistributiva.

Ciertamente no existe una gran claridad en el ámbito doctrinal para delimitar los distintos tipos de medidas susceptibles de ser incluidas en el ámbito de la igualdad como diferenciación positiva. No obstante, y siguiendo a

²¹ Vid. Ruiz Miguel, A., «La igualdad como diferenciación», en AA.VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1994, p. 286.

²² Así por ejemplo, el tenor literal del artículo 14 de la Constitución española parece referirse al primer tipo de igualdad cuando afirma que todos los españoles son iguales ante la ley sin distinción de raza, sexo, religión... Sin embargo, como ha señalado el Tribunal Constitucional (28/92 de 29 de marzo), pueden considerarse como constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida de modo que el artículo 14 ha de ser sistemáticamente interpretado con otros preceptos constitucionales, en particular, el artículo 9,2.

Giménez Gluck es posible distinguir dos grandes grupos de medidas. Por un lado, las medidas de igualdad positiva, que son «tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan»²³. Por otro las acciones positivas, que van dirigidas a colectivos con independencia de circunstancias personales y que tienen un carácter temporal²⁴. Dentro de las acciones positivas es posible a su vez diferenciar entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa²⁵. Las primeras tratan de apartar obstáculos que impiden que ciertos colectivos estén en situación de igualdad y por lo tanto, consisten en un trato desigual que tiene como objetivo proporcionar el ejercicio de determinados derechos a ciertos sujetos o grupos, pero sin que ello suponga eliminar la titularidad de los mismos al resto²⁶. La discriminación inversa se caracteriza, siguiendo a A. Ruiz Miguel, por consistir en la atribución de «privilegios» por determinados rasgos «sospechosos» (raza, sexo, religión) en ámbitos de particular escasez (acceso a puestos de trabajo, cargos políticos, educación, etc...)²⁷. A través de estas medidas se atribuyen ciertos derechos a miembros de grupos tradicionalmente discriminados apartando de tal posibilidad al resto.

Un aspecto problemático de la igualdad como diferenciación negativa es el de la llamada discriminación indirecta, que se produce cuando tratos

²³ Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 58.

²⁴ Así por ejemplo, como señala L. Millán Moro, para la Comisión Europea son acciones positivas, «...todas las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar las discriminaciones existentes y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados». Millán Moro, L., «Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3, 1998, p. 184.

²⁵ Vid. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 59.

²⁶ Existen así determinados matices de estas medidas que permiten individualizarlas. Así, la discriminación inversa puede entenderse como un trato privilegiado y las acciones positivas como un trato preferente. Por su parte, la primera suele expresarse a través de una política de cuotas mientras que la segunda no, o en el caso de que lo haga se trataría de cuotas por decisión y no de cuotas por resultado. Vid. esta distinción en Barreré Unzueta, M., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid 1997, pp. 87 y ss.

²⁷ Ruiz Miguel, A., «La discriminación inversa y el caso Kalenke», en *Doxa* n. 19, 1996, pp. 126 y 127.

formalmente neutrales inciden negativamente sobre un grupo o una clase de sujetos²⁸. Por su parte, lo problemático de la igualdad como diferenciación positiva radica en que, tanto la acción positiva como la discriminación inversa, se presentan como discriminaciones directas²⁹. En cualquier caso, no cabe duda de que la justificación de la diferenciación positiva es distinta según estemos ante un tipo u otro de medidas antes apuntadas. Así, parece que el problema mayor lo presenta la discriminación inversa.

En todo caso, teniendo en cuenta el papel de la igualdad dentro del propio concepto del Derecho, podríamos afirmar con E Laporta que, «la diferenciación basada en rasgos distintivos relevantes procede sólo cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha». Así, y en palabras de este autor, «una institución satisface el principio de igualdad si y solo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud del principio de no discriminación, y una vez satisfecha esta prioridad, adjudica sus beneficios o cargas diferentemente en virtud de rasgos distintivos relevantes»³⁰. Ahora bien, esta afirmación cobra sentido si separamos lo que podríamos considerar como los criterios de distribución, de las condiciones previas de la distribución.

Aunque normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme³¹, seguramente por la presencia de la idea de igualdad formal en el propio concepto de Derecho, tanto la diferenciación negativa cuanto la positiva presuponen un juicio de relevancia y de razonabilidad, y esto es precisamente lo esencial en su justificación³². En efecto, el juicio de relevancia y razonabilidad no es otra cosa que el intento de presentar razones que permitan apoyar una u otra medida. Y, en este sentido, es importante advertir como la justificación de este tipo de medidas, y principalmente la que tiene que ver con la diferenciación positiva puede seguir dos caminos. El primero de ellos es aquel que pretende analizar una decisión concreta caracterizándola como excepción al principio de no diferenciación; el segun-

²⁸ La discriminación indirecta está relacionada con lo que en el ámbito norteamericano se denomina *disparate impact* (impacto o efecto adverso), que son medidas aparentemente neutrales pero que tienen un efecto negativo en determinados colectivos. El Tribunal Constitucional español se ha referido a ella en su sentencia 145/91.

²⁹ Vid. De Lucas, J., «La igualdad ante la ley», en AA. VV., *El Derecho y la justicia*, ed. de E. Garzón Valdés y F. Laporta, Trotta, Madrid 1996, p. 497.

³⁰ Laporta, R., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, 67, 1985, pp. 26 y 27.

³¹ Vid. Prieto Sanchís, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad», cit., p. 85.

³² En todo caso, la justificación de la diferencia, como ha apuntado E. Alonso García, exige superar tres tests. Por un lado el de la diferencia de la consecuencia jurídica (su existencia o no); por otro el de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad; y, por último, el de la razonabilidad. Vid. Alonso García, E., «El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, 1, 1983.

do pretende analizar la decisión dentro de una política concreta movida por determinados intereses igualitarios. Así, en el primer camino la justificación se mueve en torno a un conflicto de principios, esto es entre no discriminación y diferenciación³³. En esta línea la justificación vale para el caso concreto y se exige ponderación y razonabilidad. En el segundo camino, de lo que se trata es de justificar por un lado los principios igualitarios que apoyan la medida y por otro la adecuación de ésta a dichos principios, apareciendo también la cuestión sobre la razonabilidad³⁴.

En este sentido, el problema reside en el alcance de las ideas de relevancia y razonabilidad. Se trata de una cuestión de indudable contenido valorativo³⁵ y de gran polémica, que puede ser analizada desde el Derecho, pero también fuera de él. Pero en todo caso, en la determinación de lo relevante y de lo irrelevante podemos desechar dos planteamientos. Se trata de lo que F. Laporta ha denominado como igualitarismo radical (ningún rasgo distintivo de ningún ser humano es relevante para operar en su atención una diferenciación) y antiigualitarismo total (cualquier rasgo distintivo es base suficiente para la diferenciación)³⁶.

A partir de aquí, como he señalado, se trata de apuntar razones que justifiquen uno u otro tipo de igualdad, si bien, hay que ser conscientes de que la discusión en el Derecho aparece de forma mínimamente acotada. En efecto, con carácter general cabe afirmar que es arbitrario y no razonable establecer diferencias negativas que tomen como base rasgos relevantes para el Derecho o establecer diferencias positivas que tomen como base rasgos irrelevantes para el Derecho³⁷. Se trata ciertamente de un planteamiento gene-

³³ Vid. Prieto Sanchís, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad», cit., p. 90.

³⁴ De forma similar puede afirmarse que el problema de la igualdad no es idéntico si se plantea en relación con una medida que afecta a un individuo o a un colectivo.

³⁵ Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 395.

³⁶ Vid. Laporta, E., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», cit., p. 15.

³⁷ Y esto, en relación con el Ordenamiento jurídico español no implica la ausencia de justificación de tratamientos desiguales dirigidos hacia colectivos incluidos en el art. 14 de la Constitución. Ello ha sido señalado también por nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. Por ejemplo en su sentencia de 10 de noviembre de 1981, señaló que «lo que prohíbe el principio de no discriminación es que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por irrazonable». En su sentencia 81/82 de 21 de diciembre afirmó que, «cuando la diferencia se produce teniendo en cuenta uno de los rasgos del artículo 14, la carga de la demostración del carácter justificado de trato diferente se torna más rigurosa que en los otros casos». Por su parte, la sentencia 128/87 de 16 de julio señaló: «El artículo 14 representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas,

ral pero que sirve para situar el problema y para subrayar como toda utilización de estas proyecciones debe poseer un referente normativo³⁸. Más allá de los límites de un Ordenamiento jurídico concreto, normalmente la razonabilidad se mueve en términos de imparcialidad, aunque es también posible hablar de parcialidad razonable en el ámbito de la relevancia³⁹.

La idea de razonabilidad, en el ámbito de la decisión, no debe ser identificada con la de racionalidad. Esta última expresa la exigencia de que las decisiones puedan ser justificadas desde reglas y en conformidad con ellas. Por su parte la exigencia de razonabilidad se proyecta precisamente en la justificación de esas reglas y en las consecuencias de su utilización⁴⁰. Razonabilidad se conecta así con aceptabilidad y por tanto su examen, y el del problema de la igualdad⁴¹, se lleva a cabo dentro de una teoría moral, en el

sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10... Para poder justificar una desigualdad de trato en atención a los supuestos del 14, no basta un control estricto de su racionalidad sino que hay que conectar dicha argumentación con la finalidad pretendida por el constituyente, de tal modo que se trata de determinar si la medida desigual es adecuada para hacer desaparecer la situación arraigada de marginación». Vid. también 114/87 de 6 de junio, 128/87 de 16 de julio, 158/93 de 6 de mayo y 173/94 de 7 de junio.

³⁸ Así, por ejemplo, en el Ordenamiento jurídico español, podemos encontrar criterios de relevancia más allá de los establecidos en el artículo 14 de la Constitución. Uno de ellos es el ya aludido también y que se refiere a la distinción entre nacional y extranjero (art. 13 de la Constitución). Otros podrían ser la situación económica de los sujetos (que se utiliza en el ámbito de la contribución al gasto público dentro del artículo 31,3 de la Constitución) o el mérito y la capacidad (que se utiliza en el ámbito del acceso a la función pública dentro del artículo 103,3 de la Constitución). El Tribunal Constitucional español ha señalado otros criterios como los del límite presupuestario, en el ámbito de la negociación entre trabajadores y Administración Pública (96/90 de 24 de mayo); la infancia (55/94 de 24 de febrero); la ancianidad (134/87 de 21 de julio); etc.. Todo ello ha configurado una doctrina sobre la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley. Dejando a un lado la segunda (cuanto menos cuestionable y seguramente enfrentada a los rasgos básicos de un Estado de Derecho), en la doctrina de la igualdad ante la ley del Tribunal Constitucional español, destacan las siguientes cinco notas: a) la proyección de la igualdad también se produce en el ámbito privado (177/88 de 10 de octubre); b) la exigencia de diferenciación es compatible con las circunstancias señaladas en el artículo 14 (81/82 de 21 de diciembre); c) un trato diferente no es necesariamente discriminatorio si no hay igualdad en los supuestos de hecho (26/87 de 27 de febrero) d) quien alega violación de la igualdad corre con la carga de la prueba (14/85 de 1 de febrero); e) el trato desigual precisa una relación de proporcionalidad entre sus elementos (50/91 de 11 de marzo).

³⁹ Tomo el término, aunque con un sentido algo distinto, de Nagel, Th., *Igualdad y parcialidad*, trad. de J.F. Álvarez Álvarez, Paidós, Barcelona 1996, p. 44.

⁴⁰ Y en este sentido entra en juego la proporcionalidad. Vid. Rodríguez-Piñero, M., «Discriminación y acción positiva en la Unión Europea», en *Mujeres*, 21, 1996, p. 6.

⁴¹ Vid. Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea*, trad. de R. Gargarella, Ariel, Barcelona 1995, p. 59.

sentido de que sólo es comprensible dentro de una determinada manera de entender como deben ser concebidos los seres humanos y cual es su papel en la sociedad.

Al comienzo del trabajo hice referencia a una serie de presupuestos que deben estar presentes en el discurso de los derechos. Desde ellos, y siendo conscientes de que el problema de la igualdad debe ser resuelto principalmente desde el examen del caso en cuestión, es posible no obstante establecer un marco genérico en el que desenvolver las exigencias de razonabilidad y relevancia. Se trata en definitiva de apuntar ciertos rasgos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de operar con la idea de razonabilidad en lo referente a medidas de igualdad⁴².

Siendo coherentes con la idea de sujeto moral destacada al principio, parece que el examen de lo razonable tiene una serie de límites que son abstractos e históricos. Los límites abstractos se deducen de las exigencias de carácter material que consideramos como presupuestos de la moralidad; los históricos, por su parte, obligan a atender las circunstancias contextuales de los sujetos y a los contenidos morales que expresan en la actualidad los derechos. En este sentido, lo aceptable y por tanto razonable es aquello que puede ser justificado desde estos límites. A partir de ellos, la cuestión sobre la razonabilidad debe moverse en términos de aceptación real, y por tanto, una vez superados esos límites la medida se justifica cuando sea capaz de contar con el apoyo de la mayoría de los sujetos morales implicados.

La discusión sobre la igualdad, en conexión con la perspectiva de justificación moral llevada a cabo antes, debe utilizar al menos dos criterios guía, que se presentan como condiciones previas de la distribución. Desde esa perspectiva el juicio de la relevancia y razonabilidad en el ámbito de los derechos, está presidido, en primer lugar, por la exigencia de atención al problema de la capacidad de elección y de las necesidades básicas o dicho de otra forma, el principal criterio de relevancia es el del respeto a la capacidad de elección y la satisfacción de necesidades básicas. Se trata de un presupuesto de la discusión moral y por lo tanto de un requisito previo de toda medida de igualdad. No es posible referirse al discurso sobre los derechos si no tenemos en cuenta la exigencia de considerar a los seres humanos como dotados de capacidad de elección y si no presumimos la justificación de aquellas medidas que tie-

⁴² Conviene ser conscientes de que lo que sigue, se circunscribe, como no podía ser de otra forma, a una determinada manera de entender lo moral y la teoría de los derechos. En efecto, la discusión sobre la igualdad puede llegar a conclusiones diferentes dependiendo de la opción moral, política y jurídica desde la que se aborde.

nen como misión hacer posible el ejercicio de dicha capacidad. En todo caso, conviene advertir que se trata de medidas que posibilitan no elecciones concretas sino exclusivamente el mantenimiento de la capacidad de elegir.

Pero además, existe otro criterio guía que se deduce de nuestra perspectiva originaria y, en definitiva del igual valor que se concede a la capacidad de elección de los sujetos morales. En virtud de ello, el juicio de relevancia y de razonabilidad está limitado por la necesidad de contemplar y en su caso situar, en el presupuesto de toda discusión moral, a los sujetos morales en igual situación de poder para la determinación de aquello que puede ser considerado como correcto. Es decir, el marco de justificación de los derechos aludido al comienzo, exige entender a estos como el resultado de la puesta en común de diferentes demandas vinculadas al logro de planes de vida. Y en este sentido, presupone una idéntica participación de todos los agentes morales, sin que ello suponga, claro está, que finalmente todas las exigencias sean tenidas en cuenta.

Ambos criterios son previos a la cuestión sobre la distribución de los derechos, en el sentido de presentarse como condición de cualquier tipo de reconocimiento real de los mismos. Es decir, el discurso de los derechos, coherente con su significado actual, exige tomar en consideración esta idea de sujeto moral, que a su vez implica la satisfacción de necesidades básicas y la atribución de idéntico poder en la discusión.

Así por ejemplo, si tenemos en cuenta la distinción entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados⁴³, desde estas notas la justificación de ambos tipos de medidas exigiría atender a estos criterios. Y lo mismo

⁴³ Vid. entre otros Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón, Paidós, Barcelona 1993; Alarcón Cabrera, C., «Reflexiones sobre la igualdad material», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 35 y ss.. La igualdad de oportunidades, como ha señalado N. Bobbio, «apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales». Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, cit., 78. Por su parte, la igualdad de resultados se corresponde con aquellas medidas que pretenden de manera directa satisfacer aspectos de la competición o conquistas vitalmente significativas. De esta manera, la distinción puede ser descrita tomando también como referente la diferenciación entre igualdad en el punto de partida e igualdad en el punto de llegada. En todo caso, esta distinción tradicional no puede ser trazada de forma tajante y resulta poco útil en el examen de ciertos supuestos. Como ha puesto de manifiesto D. Giménez Gluck, la clasificación de medidas de igualdad bajo estos criterios no es clara. Así por ejemplo, puede ocurrir que una misma medida sea para una mujer concreta igualdad de resultados pero para el colectivo de mujeres igualdad de oportunidades. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. rit., r> 4fí

sucede si nos centramos en la distinción entre igualdad de recursos e igualdad de bienestar⁴⁴.

Más allá de estos dos criterios guía, y también en coherencia con las reflexiones expuestas, parece que la justificación de la diferenciación exige atender a las razones que originan dicha medida, siendo necesario prestar atención a la posible presencia de diferentes tipos de desigualdad y en su caso de diferentes criterios de distribución. Es decir, cuando no se trata de satisfacer necesidades básicas o de situar en idéntica situación de poder a los sujetos morales, el problema de la justificación de la diferenciación debe atender y operar desde la atención a los distintos tipos de igualdad y desde la atención a las circunstancias que están en juego. Y en este punto, con carácter general, está justificado llevar a cabo medidas de diferenciación (tanto en el sentido de igualdad de oportunidades como de resultados), siempre y cuando estas sean aceptadas por aquellos colectivos o personas a los que van dirigidas.

El problema de la justificación de la diferenciación exige ser conscientes de la situación real de los seres humanos. Ciertamente, en la literatura sobre la igualdad, se admite con cierta generalidad, a excepción tal vez de los planteamientos libertarios, como se trata de una discusión que no puede partir de la creencia en la existencia de una idéntica situación social, económica y cultural de los sujetos. Los seres humanos estamos en situaciones diferentes y esto condiciona el discurso sobre la igualdad. Thomas Nagel se ha referido a cuatro fuentes de desigualdad, la de discriminación, la de clase, la de talento y la de esfuerzo⁴⁵, que coinciden con los aspectos que tradicionalmente entran en la discusión sobre la razonabilidad y la relevancia. La desigualdad «de discriminación» tiene que ver con esos rasgos sospechosos a los que antes aludíamos, esto es, con la raza, el sexo, la religión. La desigualdad «de clase» tiene que ver con la existencia de ventajas heredadas por la posesión de recursos o de medios necesarios para acceder a posiciones. La desigualdad «de talento» tiene que ver con habilidades o cualidades naturales. Por último, la desigualdad «de esfuerzo» tiene que ver con la actuación individual de los diferentes sujetos. Que

⁴⁴ La primera implica igualdad de oportunidades, y toma en cuenta tanto recursos personales (cualidades y habilidades naturales tales como la salud física y mental o el talento) como impersonales (bienes materiales, derechos, etc.). La segunda hace referencia a la igualdad en los resultados. Vid. Dworkin, R., *Ética privada e igualitarismo político*, trad. de A. Doménech, Paidós, Barcelona 1993, pp. 88 y ss. La igualdad de recursos suele presentarse con mucha mayor justificación que la de resultados, y ello es consecuencia, como ha señalado W. Kymlicka de la creencia en que «el destino de las personas está determinado por sus elecciones, y no por sus circunstancias». Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea*, cit., p. 69.

⁴⁵ Vid. Nagel, Th., *Igualdad y parcialidad*, cit., pp. 108 y 109.

duda cabe que el examen del principio de igualdad obliga a tener en cuenta todos y cada uno de estos posibles tipos de desigualdad y que la atención a uno en detrimento de los otros condiciona la reflexión y la hace vulnerable.

Por otro lado, es importante advertir también como la discusión sobre la igualdad debe atender al contexto sobre el que se dirige su examen, y puede verse alterado por éste. Es decir, es posible afirmar con M. Walzer, que la idea de igualdad es una idea compleja, en el sentido de que los diferentes bienes sociales pueden tener también diferentes criterios de distribución⁴⁶. La atención a estos criterios favorece la justificación de las medidas de igualdad⁴⁷.

Por último, la exigencia de razonabilidad supone prestar atención a la aceptación de la medida y de sus criterios por parte de los afectados.

En resumen, lo anterior se traduce en la defensa de dos postulados dentro de una teoría integral de los derechos⁴⁸:

a) Una teoría integral de los derechos justifica la diferenciación que pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos.

b) Una teoría integral de los derechos justifica la diferenciación que pretenda situar a los individuos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral.

A partir de aquí la teoría de los derechos maneja otro principio que se presenta como criterio de distribución, y que sigue condicionando la idea de razonabilidad, siempre bajo el presupuesto de los anteriores:

c) El disfrute de los derechos debe estar abierto a todos si bien pueden establecerse diferencias que, en virtud de los diferentes tipos de desigualdad, atendiendo al contexto en el que estos se desenvuelven, y teniendo en

⁴⁶ Vid. Walzer, M., *Las esferas de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1993, pp. 32 y 33. Ahora bien, la igualdad compleja de la que habla Walzer, y en la que cobra gran relevancia la participación, presenta unos condicionantes previos, o dicho de otro modo vale siempre y cuando están satisfechas una serie de requisitos de igualdad, como los apunta dos anteriormente.

⁴⁷ Vid. Calsamiglia, A., «Sobre el principio de igualdad», en Muguerza, J. y otros., *El fundamento de los derechos humanos*, ed. de G. Peces-Barba, Debate, Madrid 1988, p. 107.

⁴⁸ Estos dos postulados a favor de la diferenciación positiva se presentan como argumentos morales, o mejor como argumentos dentro de una teoría moral. Tradicionalmente, los argumentos en favor de la discriminación inversa se plantean como argumentos de compensación, de redistribución o de diversidad (vid. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit., pp. 167 y ss.). Sin embargo, estos postulados van más allá.

cuenta los diferentes criterios de distribución en ellos presentes, sean aceptados por la mayoría de sujetos racionales implicados⁴⁹.

Así, el examen de la razonabilidad debe ajustarse a estos límites, lo que significa que siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica y mantener la capacidad de elección o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Y a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sean aceptadas por los sujetos implicados.

Ciertamente, estos principios, además de polémicos, son enormemente generales. Pero a pesar de ello pueden ayudar a resolver en cierta medida, por ejemplo, la justificación de medidas de diferenciación positiva. En todo caso, los problemas más relevantes pueden presentarse en relación con el segundo y el tercer criterio.

En efecto, no se me escapa que el segundo criterio guía necesita de ciertas aclaraciones. Se trata de un criterio que toma en cuenta básicamente colectivos que se encuentran en el discurso moral en una situación de discriminación. Y en este sentido, surgen dos cuestiones: ¿el criterio es válido para todo colectivo?; ¿toma como referencia cualquier discriminación? Abordaré brevemente estas dos cuestiones centrándome única y exclusivamente en el examen de los colectivos «sospechosos».

Entre los diferentes tipos de desigualdad hay algunos que se originan por la pertenencia a un determinado colectivo (sexo, raza, religión) y otros que se originan por determinadas características individuales. En lo que sigue, utilizare para referirme a lo primero el término «sospechoso».

Ciertamente dentro de estos colectivos podemos pensar que hay algu-

⁴⁹ Y es precisamente a partir de aquí desde donde es posible operar con la idea de igualdad compleja, y con los diferentes argumentos de compensación, de redistribución o de diversidad, antes anunciados. Seguramente el más utilizado es el de compensación. Un ejemplo de su manejo está en Rawls, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M.D. González Soler, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1979, p. 102. Para Rawls, este argumento implica eliminar las consecuencias que para los seres humanos puede tener una ausencia de determinada cualidad natural y situándolos en igualdad de oportunidades, si bien también puede ser utilizado como corrector de una práctica histórica. No obstante se trata de un planteamiento criticado en el sentido de que la forma en la que J. Rawls estructura este principio realmente no permite solventar esa diferente situación y además, la compensación implica también algún tipo de responsabilidad. Vid. por ejemplo Sen, A., «¿Igualdad de qué?», trad. de G. Valverde, en S.M. McMurrin (ed.), *Libertad, igualdad y Derecho*, Ariel, Barcelona 1988, pp. 148 y ss.

nos cuya situación de discriminación, cuestión esta siempre polémica, se mantiene por lo general con independencia del ámbito territorial o geográfico, cultural e incluso temporal (mujeres), mientras que en otros (raza y religión, siempre con matices), esto no es así.

Por otro lado, dentro de esta categoría es posible diferenciar cuando la pertenencia a determinado colectivo es fruto del ejercicio de la capacidad de elección de cuando no lo es (religión)⁵⁰. Es decir tanto en el caso del sexo cuanto en el de la raza se trata de colectivos de los que se forma parte no por el ejercicio de la capacidad de elección⁵¹. De aquí se deduce que las causas de la discriminación pueden ser diferentes en uno u otro tipo de colectivo. En principio, cabría admitir que así como en los colectivos «sospechosos» religiosos la causa estaría en el tenor de sus demandas, en el resto, en principio, se trataría más bien de una discriminación de principio, o mejor de una minusvaloración de la «calidad» de los sujetos que componen dicho colectivo pero no necesariamente por el tenor de las demandas. Ciertamente, esto puede ser dudoso si nos fijamos en la raza⁵², pero no lo es si se trata del sexo, que es un colectivo que necesariamente no se define por poseer demandas, exigencias, o en definitiva elecciones comunes. Por otro lado, y desde los referentes del discurso justificatorio de los derechos presentado al comienzo, resulta también importante, prestar atención al factor numérico del colectivo.

A partir de aquí conviene diferenciar en el discurso de los derechos los referentes abstractos previos que se mueven en el ámbito de la libertad de elección de las diferentes demandas o exigencias fruto del ejercicio de la libertad de elección. Atendiendo a estas últimas, la atribución diferenciada de ámbitos de poder encuentra una serie de límites como puede ser la ausencia de justificación cuando se trata de colectivos que demandan precisamente exigencias que van contra la propia capacidad de elección. Mas allá de este límite la composición numérica del colectivo debe desempeñar un papel relevante y ser tenido en cuenta, con las únicas limitaciones problemáticas que se desenvolverían en el ámbito del respeto a las minorías.

⁵⁰ En relación con los segundos tipos de desigualdad es posible diferenciar las que podríamos denominar como «naturales» (habilidades naturales) de los que podríamos denominar como «construidas» (esfuerzo y elección). Las naturales coinciden con las sospechosas si bien se diferencian de ellas por la nota de la individualidad; las construidas se distinguen de todas las anteriores por ser fruto del ejercicio de la capacidad de elección.

⁵¹ Puede rebatirse, por ejemplo, la posibilidad de alterar el sexo, pero no parece que esto pueda entenderse como una exigencia a quienes forman parte de estos colectivos.

⁵² Sobre el tema vid. Asís Roig, A. de., «Discriminación por razón de la raza», en *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-89, pp. 9 y ss.

Si por el contrario atendemos a los referentes abstractos previos, que duda cabe que la atribución diferenciada de ámbitos de poder está justificada en relación con estos colectivos. Ciertamente, en este punto, dicha atribución no puede ir en la línea de alterar imperativamente los resultados del discurso, por lo que encuentra mayor justificación cuando se trata de colectivos que no se definen por razones ideológicas y que además son numerosos.

De esta manera, así como en relación con otros colectivos «sospechosos» la operatividad del segundo criterio puede resultar ciertamente polémica, pero eso sí en ocasiones muy justificada, cuando se trata por ejemplo del colectivo de las mujeres, estas dificultades desaparecen y el criterio posee un carácter poco cuestionable, que se proyecta sobre cualquier medida de igualdad.

En relación con el tercer principio conviene ser conscientes de que presupone a los dos anteriores y está compuesto por tres exigencias básicas. En primer lugar es necesario tener en cuenta los tipos de desigualdad; en segundo lugar el contexto en el que el problema se desenvuelve y la posible presencia de criterios de distribución específicos en él; en tercer lugar, la necesidad de tener en cuenta la aceptación de los sujetos implicados. Pues bien, que duda cabe que estas exigencias no permiten resolver el problema de la justificación o no de medidas concretas de igualdad. Se trata como señalé al comienzo de un problema que debe resolverse desde la atención a los casos concretos y tomando como referencia los dos criterios antes anunciados. Sin embargo, ese tercer criterio llama la atención sobre como, la justificación de la diferenciación exige ampliar al máximo los referentes desde los que enjuiciar la medida y, en este sentido manejar estas tres exigencias básicas.